

De la pyramide au reseau? Le juge constitutionnel français face à l'Europe

Du Bois, Gatien

Veröffentlichungsversion / Published Version
Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Du Bois, G. (2007). De la pyramide au reseau? Le juge constitutionnel français face à l'Europe. *Annals of the University of Bucharest / Political science series*, 9, 57-85. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-387562>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Comercial-NoDerivatives). For more Information see:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

DE LA PYRAMIDE AU RESEAU? LE JUGE CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS FACE A L'EUROPE

GATIEN DU BOIS*

Introduction

L'Europe se métamorphose, « les bougés de la société »

L'intégration européenne, dont nous venons de fêter les 50 ans il y a peu, a provoqué, provoque et provoquera encore d'importants changements dans nos sociétés. Elle bouleverse non seulement nos institutions, nos actions politiques, nos régimes politiques mais elle influe aussi au plus profond de nous-mêmes sur nos manières de voir, de penser, de réfléchir. Dire cela relève du truisme. Cependant, comme toute (r)évolution, la construction européenne suscite de la part des acteurs tant individuels qu'institutionnels deux types d'attitudes : d'une part une acceptation des changements, de l'autre des méfiances, des réticences voire même parfois des rejets. Ainsi, si la construction européenne provoque des processus, des mécanismes d'européanisation, parallèlement l'on observe soit des phénomènes d'acceptations, soit des manifestations de réticences, de résistances à l'Europe. A ce niveau, il nous faut déjà préciser que ce processus d'européanisation ne s'identifie pas à une acceptation de l'intégration européenne dont le versant négatif serait constitué par un quelconque phénomène de résistance à l'Europe. L'européanisation telle que nous l'entendons est d'une toute autre nature: il s'agit essentiellement d'un processus « top down » qui, partant des instances européennes, influe directement ou de manière plus subtile sur les acteurs nationaux. Nous y reviendrons plus précisément dans notre premier chapitre.

L'Europe pose question et pose problème. A ce sujet, de nombreuses recherches ont été menées sur les processus d'européanisation en cours en Europe; pensons à des domaines tels que les administrations publiques nationales, les partis politiques, les politiques publiques nationales, les débats publics et la communication politique ou encore les problèmes liés à la

* Université Libre de Bruxelles.

citoyenneté, pour ne prendre que quelques exemples. Dans le champ du droit et des idées constitutionnelles, l'Europe bouscule les idées reçues et les ordres de grandeur¹. Il est intéressant à cet égard de se pencher sur l'eupéanisation à l'œuvre dans le champ du droit constitutionnel. Cependant cela n'est pas sans difficultés. En effet, pour Laurence Burgorgue-Larsen: l'eupéanisation y est à la fois différenciée (différentiation temporelle et formelle), complexe (elle est au cœur d'une dialectique conceptuelle et idéologique difficile à dépasser) et aléatoire (tant dans le cadre de rapports verticaux qu'horizontaux)². Cette « eupéanisation des droits constitutionnels »³ peut jouer de deux façons : directement ou indirectement. Nous serons ainsi face à un processus d'eupéanisation directe lorsque celle-ci s'opérera sur le mode de l'impératif (c'est le cas de l'obligation de transposition des traités européens dans le droit interne des Etats-membres c'est-à-dire le cas qui nous occupera ici). A l'inverse, cette eupéanisation sera indirecte lorsqu'elle préfère la voie de l'indicatif; on parlera alors d'« effet de contagion » ou de « contamination »⁴. La source de ce phénomène réside dans la « montée en puissance de la production normative de la Communauté européenne »⁵, mais aussi dans l'influence grandissante de la jurisprudence de la Cour de Justice de Luxembourg.

Cette eupéanisation du droit constitutionnel des Etats-membres a de multiples effets: elle rejaillit sur les autres branches du droit⁶, provoque un saut qualitatif pour l'« Etat de droit » (meilleure protection en matière de droits et libertés individuels⁷) et remet en cause l'équation classique « Etat-nation/droit national ». En effet à cet égard, l'intégration européenne ébranle le constitutionnalisme libéral de la fin du XVIII^e siècle pour lequel la constitution est l'acte fondateur – ou refondateur – de l'Etat⁸. Le principe de primauté du droit européen oblige à redéfinir la hiérarchie interne du système juridique national ; la constitution risquant dès lors de ne devenir (presque) qu'une norme juridique comme les autres. Face à une telle érosion de la culture juridique nationale et des principes fondateurs de la société qu'elle sous-tend, il n'est pas étonnant que la

¹ BURGORGUE-LARSEN, L., « Lumière et ombres de l'eupéanisation sous le signe du projet de Constitution pour l'Europe », in ZILLER, J. (dir.), *L'eupéanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 17.

² *Ibid.*, pp. 18-24.

³ ARNOLD, R., « Peut-on définir le phénomène d'eupéanisation des droits constitutionnels nationaux ? », in ZILLER, J., *op. cit.*, pp. 87-91, qui distingue eupéanisation interne (active) et externe (passive) du droit constitutionnel.

⁴ NABLI, B., « Eupéanisation et constitutionnalisation du droit en France: un essai de synthèse à la lumière de la doctrine », in ZILLER, J., *op. cit.*, p. 70.

⁵ *Ibid.*

⁶ Lord Denning parlait d'ailleurs du droit communautaire comme d'« une marée montante qui s'engouffre dans les estuaires et remonte les rivières », cité par NABLI, B., *art. cit.*, p. 72.

⁷ ARNOLD, R., *art. cit.*, pp. 91-92.

⁸ NABLI, B., *art. cit.*, p. 79.

constitution nationale et le phénomène de constitutionnalisation du droit peuvent être perçus par d'aucuns comme rempart à l'Etat-nation et à ses spécificités face à un risque de dilution perçu comme une « menace identitaire »⁹.

« Gardien de la constitution », le juge constitutionnel est donc un acteur incontournable. Dans le cadre de cet article, il nous a, dès lors, semblé important de nous pencher sur un sujet peu traité jusqu'ici: l'attitude des cours constitutionnelles face à l'intégration européenne. Il nous semble en effet que ce sujet mérite l'attention car bien souvent les recherches sur l'eupéanisation et sur les résistances à l'Europe méconnaissent le rôle et parfois l'importance réelle de ces acteurs juridiques dans ces phénomènes. Or pourquoi ces institutions dont tout le monde s'accorde à dire qu'elles disposent de beaucoup (pour certains, de trop) de pouvoir¹⁰, d'influence dans la société nationale, en seraient-elles dénuées lorsqu'il s'agit de questions européennes? Il faut enfin noter que le juge constitutionnel n'est plus dans la situation du sage reclus dans sa tour d'ivoire ; en effet, il communique, s'informe et débat avec d'une part les autres cours constitutionnelles et d'autre part avec la Cour de Luxembourg, ce qui influe par conséquent sur sa manière de penser le système juridique national et d'agir sur celui-ci¹¹. On le voit, le thème est aussi vaste qu'il est important et actuel.

Il s'agira donc pour nous de décrire et d'analyser, au travers du cas français, l'importance que peut revêtir une cour constitutionnelle dans le débat national sur l'Europe. Le cas du Conseil constitutionnel français nous semble particulièrement intéressant vu l'idée forte, vu l'attachement au concept de souveraineté nationale (concept tant politique et philosophique que juridique) qui existe en France. Afin de restreindre nos recherches, nous nous concentrerons sur la position du Conseil constitutionnel français lors de la ratification des traités de Maastricht et d'Amsterdam. Moments qui ont fait l'objet de discussions animées au sein de la société et du monde politique français, moments qui ont aussi donné lieu à l'intervention du Conseil constitutionnel dans les débats via différents arrêts. Partant de là, plusieurs hypothèses peuvent être envisagées: le Conseil constitutionnel comme instrument en soi de résistance à l'intégration européenne, comme catalyseur des craintes ou des idéaux de la classe politique ou de la société en général, ou à l'inverse comme facteur de changement de ces idées.

⁹ *Ibid.*, p. 80.

¹⁰ Au sujet du pouvoir du juge et de l'étendue de celui-ci, nous ne pouvons que renvoyer au très intéressant article d'O. PFERSMANN: « A quoi bon un "pouvoir judiciaire" ? », in CAYLA, O. et RENOUX-ZAGAME, M.-F., *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 181-193.

¹¹ KENNEY, S. J., REISINGER, W. M. et REITZ, J. C. (eds.), *Constitutional dialogues in comparative perspective*, New-York, St. Martin's Press, 1999 et TOURARD H., *L'internationalisation des constitutions nationales*, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 289-290.

Avant d'aller plus loin, il faut rappeler que l'insertion de ces traités dans l'ordre juridique français touche au problème de « goodness of fit »¹² entre le niveau européen et le niveau français. « Goodness of fit » qui détermine le degré de « pressions adaptationnelles » (*adapational pressure*¹³) générées par l'eupéanisation en France. A cet égard, Tanja A. Börzel et Thomas Risse distinguent deux types de « misfits » *via* lesquels le phénomène d'eupéanisation exerce ces « pressions adaptationnelles »¹⁴ : *primo*, le « policy misfit » qui est un problème de compatibilité entre les règles et processus de régulation européens et les politiques et instruments politiques domestiques et *secundo*, l'« institutional misfit » qui renvoie au problème soulevé par la concurrence pouvant exister entre des règles et procédures institutionnalisées au niveau européen et les règles et procédures domestiques ainsi que les idées que celles-ci véhiculent. Dans notre cas d'espèce, il s'agit du deuxième type, nous le verrons, mais l'on peut néanmoins déjà déclarer à la suite de Tanja A. Börzel et Thomas Risse que « [The] europeanization might even threaten deeply collective understandings of national identity as it touches upon constitutive norms such as state sovereignty »¹⁵. Cet « institutional misfit » agit de manière moins directe que le premier type mais il provoque généralement une « pression adaptationnelle » substantielle même si ses effets sont progressifs et jouent plus à long-terme¹⁶. Cependant, cet « institutional misfit » est la condition nécessaire mais non suffisante pour que des changements domestiques s'opèrent. Il requière en plus l'existence de facteurs facilitant l'adaptation (*mediating factors*). Dans une perspective institutionnaliste rationnelle dans le prolongement de laquelle nous nous situons, le principe directeur qui animera l'action des différents acteurs de la scène nationale sera un calcul coûts-bénéfices des différentes options stratégiques s'offrant à ceux-ci compte-tenu du comportement anticipé des autres acteurs¹⁷. Ce choix rationnellement stratégique sera favorisé par l'existence de « veto points » c'est-à-dire comme le résume Markus Haverland : « All stages in the decision making process on which agreement is required for a policy change »¹⁸. Nous pensons que le Conseil constitutionnel

¹² RISSE, T., GREEN COWLES, M. et CAPORASO, J. A., «Europeanization and Domestic Change : Introduction», in Risse, T., Green Cowles, M. et Caporaso, J. A. (eds.), *Europeanization and Domestic Political Change*, New York, Cornell University Press, 2001.

¹³ Markus Haverland définit ce concept comme « *the degree of institutional incompatibility between national structures and practices and EU requirements* », voir., « National adaptation to European integration. The importance of institutional veto points », *EUI Working Papers*, 1999, p. 3.

¹⁴ BÖRZEL, T. A. et RISSE, T., « When Europe Hits Home: Europeanization and Domestic Change », *European Integration online Papers*, 4, 15, 2000, p. 5.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, p. 6.

¹⁸ HAVERLAND M., *loc. cit.*, p. 4.

5

français entre dans ce schéma du fait que le pouvoir politique se doit de se conformer aux arrêts que celui-ci a rendu sur la ratification du traité de Maastricht et sur celui d'Amsterdam (in casu) avant que ces derniers n'entrent dans l'ordre juridique national. Il peut donc y avoir place pour des réticences de la part du juge constitutionnel car comme le soulignent Tanja A. Börzel et Thomas Risse : « The more power is dispersed across the political system and the more actors have a say in political decision-making, the more difficult it is to foster the domestic consensus or "winning coalition" necessary to introduce changes in response to Europeanization pressures »¹⁹.

Quelques précisions sur les termes et concepts

Il nous faut, maintenant et avant toute chose, définir certains termes et concepts qui interviendront dans notre analyse afin de s'entendre sur ce dont on parle. Qu'entend-on par européanisation et par euroscepticisme constitutionnel?

Premièrement, nous nous référons à la définition que Claudio M. Radaelli propose du phénomène d'européanisation. Il le définit comme suit: « [The] processes of construction, diffusion and institutionalization of formal and informal rules, procedures, policy paradigms, styles, 'ways of doing things' and shared beliefs and norms which are first defined and consolidated in the making of EU decisions and then incorporated in the logic of domestic discourse, identities, political structures and public policies »²⁰. L'européanisation est donc un processus « top down » et recouvre les effets de la construction européenne sur le droit, la politique, les institutions, les acteurs, l'identité et les traditions de l'Etat.

Il nous semble qu'il était important de rappeler d'abord ici ce que nous entendions par « européanisation » car il s'agit du background sur lequel viennent se superposer les phénomènes d'acceptation ou de rejet de l'intégration européenne. Dans le cadre de cet article, cela permet, nous semble-t-il, de comprendre la question du rapport à l'Europe en France, plus précisément du rapport qu'entretient la cour constitutionnelle française vis-à-vis de la construction européenne. En effet, les traités (Maastricht et Amsterdam *in casu*) décidés au niveau européen doivent être transposés au niveau national ce qui influe tant sur la constitution nationale qui devra (le cas échéant) être modifiée, amendée ; que sur les mentalités, les « ways of doing things », les paradigmes de tous les acteurs nationaux concernés par les questions constitutionnelles. Nous sommes donc bien en face d'un processus d'européanisation.

¹⁹ BÖRZEL, T. A. et RISSE, T., *loc. cit.*, p. 7.

²⁰ RADAELLI, C. M., « Wither Europeanization ? Concept stretching and substantive change », *European Integration online Papers (EioP)*, vol. 4 (2000), n° 8, <http://eiop.or.at/eiop/texte/2000-008a.htm>, p. 4.

Deuxièmement, si le concept d'eupéanisation a suscité, et suscite encore, d'âpres débats dans la communauté scientifique²¹, la situation est encore pire en ce qui concerne la notion d'euroscpticisme²². Que dire alors de l'« euroscpticisme constitutionnel », terme qui n'a jamais à proprement parlé été défini. Partons de la définition de Paul Taggart et Aleks Szczerbiak qui distinguent « hard » et « soft euroscpticism » selon que l'on soit contre l'entière du projet européen (aussi bien les idées qu'il sous-tend que les moyens qu'il met en œuvre pour y parvenir) ou seulement contre un aspect précis de l'intégration européenne (critique de politiques spécifiques de l'Union²³).

Adaptons-la maintenant aux exigences spécifiques du sujet à savoir le domaine constitutionnel national. Il nous semble que le « hard constitutional euroscpticism » suppose tant une attitude de rejet de la construction européenne de la part du juge constitutionnel et de la doctrine, qu'une constitution rigide qui ne tolère pas de forme de concurrence avec elle. Le juge constitutionnel, « bouche de la loi » comme tout juge, est amené à interpréter la constitution. Il n'est certes pas libre de le faire à sa guise mais il dispose néanmoins de certaines libertés, il suffit de penser à son aptitude à échafauder des constructions jurisprudentielles reposant parfois sur des interprétations assez audacieuses des normes constitutionnelles. Son travail a donc aussi, et peut-être avant tout, une dimension créatrice²⁴. Jacques Meunier va d'ailleurs jusqu'à comparer la figure du juge créateur à la figure « sinistre et grimaçante du juge Hyde » qui coexiste « à côté – sinon à la place – du bon Conseil Jekyll »²⁵.

Dans le cas du « hard constitutional euroscpticism », la constitution est au-dessus de tout et ne saurait être adaptée au gré des changements, au gré des engagements internationaux conclus par l'Etat. En cas d'opposition entre normes constitutionnelles et normes internationales, ce serait au traité de s'adapter, la constitution devant rester inchangée. Cela peut paraître quelque peu théorique, cependant, il nous semble que de telles constitutions peuvent

²¹ *Ibid.*, pp. 1-6 ; BÖRZEL, T. A. et RISSE, T., *loc. cit.*

²² TAGGART, P. et SZCZERBIAK, A., « Parties, Positions and Europe : Euroscpticism in the Candidate States of Central and Eastern Europe », paper presented at the *Annual Meeting of the Political Studies Association*, 10-11 avril Manchester, 2001, pp. 5-6 (Qui privilégient les facteurs stratégiques afin d'expliquer le positionnement d'acteurs sur la question européenne) et KOPECKY, P. et MUDDE, C., « The Two Sides of Euroscpticism : Party Positions on European Integration in East Central Europe », *European Union Politics*, 2002, 3, pp. 299-304 (Qui mettent en lumière les idéologies en jeu).

²³ COMAN, R. et LACROIX, J., *Les résistances à l'Europe. Cultures nationales, idéologies et stratégies d'acteurs*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2007, p. 9.

²⁴ FRANÇOIS, B., « Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France », *Revue française de science politique*, 47, 3, 1997, p. 383.

²⁵ MEUNIER, J., « Sur quelques saisines atypiques : l'émergence de "l'autre" figure du juge constitutionnel », in CAYLA, O. et RENOUX-ZAGAME, M.-F., *op. cit.*, pp. 168 et suiv. .

exister lorsqu'elles portent en leur sein des principes supra-constitutionnels. Ainsi c'est, selon nous, par l'analyse minutieuse de la hiérarchie des normes contenues dans le corps-même du texte constitutionnel que le caractère rigide ou non de cette constitution pourra être dégagé. En d'autres termes, l'existence de principes supra-constitutionnels hostiles à la construction européenne constituent autant d'indices d'une constitution nationale eurosceptique (d'un euroscepticisme dur).

Le deuxième versant de l'euroscepticisme constitutionnel serait alors logiquement ce que l'on pourrait appeler le « soft constitutional euroscepticism ». Dans ce cas de figure, le juge constitutionnel ne rejette pas la totalité de l'intégration européenne mais n'en accepte pas tous les développements. La constitution est aussi plus souple dans la mesure où elle oppose à l'Europe non des obstacles permanents mais simplement des barrières qui peuvent être levées moyennant l'aménagement de la constitution elle-même. Ici le traité l'emporte sur la constitution. Cette dernière ralentit certes la marche (et parfois de façon importante et pour un temps assez long) vers l'intégration européenne toujours accrue mais ne la stoppe pas. Si le « hard constitutional euroscepticism » oppose à l'Europe un feu rouge, c'est d'un feu orange qu'il s'agit dans l'hypothèse du « soft constitutional euroscepticism ».

L'on pourrait nous reprocher que tout ceci est fort théorique. La principale difficulté réside dans le problème soulevé par l'existence de constitutions nationales qui seraient eurosceptiques. En effet, peut-on la qualifier d'eurosceptique, d'europhile,...? A cet égard, une solution pourrait, selon nous, être trouvée par l'observation des hiérarchies de normes à l'intérieur même des constitutions. Ainsi, l'existence de principes supra-constitutionnels indiquerait déjà une hiérarchie de valeurs qui conduirait à faire d'une fraction des normes constitutionnelles (dont la place se situe déjà au sommet de la pyramide juridique nationale) des règles intangibles, des règles que même un engagement international ne saurait venir concurrencer²⁶. Logiquement, si l'existence de telles normes se vérifie dans une constitution nationale et que celles-ci sont contraires à la construction européenne et à ses développements, l'on peut conclure, nous semble-t-il, à une certaine caractéristique eurosceptique de cette constitution.

L'Europe se métamorphose, le Conseil constitutionnel se place dans le débat

Au travers de l'analyse des décisions relatives au Traité de Maastricht et de celle concernant le Traité d'Amsterdam, nous nous proposons de saisir la position du Conseil constitutionnel français sur l'intégration européenne. Nous

²⁶ C'est le cas de certaines dispositions de la Loi fondamentale allemande, de la Constitution italienne ou encore portugaise, voy. TOURARD H., *op. cit.*, pp. 270-271.

posons qu'il s'agit d'un euroscepticisme constitutionnel « soft »; tant le juge, que la doctrine, que la Constitution française et les textes à valeur constitutionnelle nous font pencher en ce sens.

La notion de souveraineté nationale est à ce sujet d'une importance capitale. On verra qu'elle aussi ne ressort pas indemne de cette transformation de l'Europe. La suprématie de la souveraineté nationale, et son corollaire évident la suprématie de la constitution dans l'ordre juridique interne ont tous deux subi des mutations. C'est en ces termes qu'il faut comprendre le titre de notre article²⁷. L'image de la pyramide comme représentation du modèle kelsenien²⁸ de hiérarchie des normes de droit avec à son sommet la constitution. L'image du réseau comme nouveau paysage juridique possible.

*

Outre la présente introduction, la suite de notre étude s'articulera comme suit: un premier (et bref) chapitre sera consacré aux précautions méthodologiques nécessaires à la recherche ; le second chapitre traitera de la nature du Conseil constitutionnel et de son rôle au sein de l'Etat français; le chapitre suivant concernera l'analyse à proprement parlé des décisions constitutionnelles sur les traités de Maastricht et d'Amsterdam, indice d'une position eurosceptique « soft ». Ce qui nous emmènera dans un dernier chapitre à essayer de comprendre la position du Conseil constitutionnel à propos de l'intégration européenne.

I. Quelques précautions méthodologiques

L'état de l'art sur l' « euroscepticisme constitutionnel »

S'il fallait dresser en quelque sorte l'état de l'art des recherches sur l'euroscepticisme constitutionnel dans le sens où nous l'entendons, il serait bien difficile d'y apporter une certaine consistance. Certes, dans la perspective d'une constitution pour l'Europe beaucoup d'auteurs tel que R. Bellamy²⁹, ont écrit sur l'influence « bottom up » des constitutions des Etats membres et sur les différents courants constitutionnalistes européens. Des auteurs comme J. H. H. Weiler³⁰ se situent dans cette perspective mais tentent de démontrer une

²⁷ Nous nous sommes inspirés en cela de l'ouvrage de François Ost et Michel van de Kerchove *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

²⁸ KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

²⁹ BELLAMY, R., « Which Constitution for What Kind of Europe ? Three Models of European Constitutionalism », University of Essex, paper 4/2003, http://www.fd.unl.pt/je/edit_pap2003-04.htm.

³⁰ WEILER, J. H. H., *The constitution of Europe: "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1999;

certaine harmonisation des concepts constitutionnels à l'œuvre dans les Etats membres. Notre perspective est plutôt « top down », de plus nous nous situons hors du débat sur une constitution européenne. La littérature scientifique regorge aussi de recherches sur l'influence de la CJCE sur les droits nationaux au travers du principe d'effet direct qui s'attache aux actes communautaires³¹. Cependant, le Conseil constitutionnel, nous le verrons plus loin, ne s'occupe pas de vérifier les normes de droit dérivé qui entrent dans le système juridique national. Il reste enfin un thème qui lui aussi a fait l'objet de nombreuses recherches : il s'agit de la problématique concernant les rapports entre la CJCE et les cours nationales. C'est toute la question de la doctrine de la suprématie des normes européennes sur les normes nationales et c'est le problème des questions préjudicielles³². Rappelons simplement que le Conseil constitutionnel, s'il reconnaît la suprématie du droit européen, n'entretient cependant aucun rapport avec la CJCE, le mécanisme des questions préjudicielles ne valant pas à son égard. Il faut aussi noter l'existence d'une littérature sur les dialogues constitutionnels en matière de protection des Droits de l'Homme³³. Pas grand chose à voir dans notre perspective donc.

Les stratégies de vérification

Les données et informations sur le sujet seront fournies par l'analyse d'articles scientifiques et de monographies sur le sujet ; qu'ils s'agissent de documents se rattachant au domaine du droit ou à celui de la science politique. Nous nous baserons aussi sur une analyse des décisions jurisprudentielles sur le sujet. La

WEILER, J. H. H. et WIND, M., *European constitutionalism beyond the state*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; WEILER, J. H. H., « Legitimacy Crisis of European Constitutionalism », in Slaughter, A.-M., Stone Sweet, A. et Weiler, J. H. H. (eds.), *The European Court and the National Courts-Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1998, pp. 365 et suiv.

³¹ Voir, par exemple, PLÖTNER, J., « The Reception of the Direct Effect and Supremacy Doctrine by the French Supreme Courts », in SLAUGHTER, A.-M., STONE SWEET, A. et WEILER, J. H. H., *op. cit.*, pp. 41 et suiv.

³² Voir, par exemple, MATTLI, W. et SLAUGHTER, A.-M., « The Role of National Courts in the Process of European Integration: Accounting for Judicial Preferences and Constraints », in SLAUGHTER, A.-M., STONE SWEET, A. et WEILER, J. H. H., *op. cit.*, pp. 253 et suiv. ALTER, K., « Explaining National Court Acceptance of ECJ », in SLAUGHTER, A.-M., STONE SWEET, A. et WEILER, J. H. H., *op. cit.*, pp. 227 et suiv.; CONANT, L., « Europeanization and the Courts: Variable Patterns of Adaptation among National Judiciaries », in Green Cowles, M., Caporaso, J. A. et Risse, T. (eds.), *Transforming Europe: Europeanization and Domestic Change*, New-York, Cornell University Press, 2001, pp. 97 et suiv.

³³ Voir, par exemple, STONE SWEET, A., « Constitutional Dialogues : Protecting Human Rights in France, Germany, Italy and Spain », in Kenney, S. J., Reisinger, W. M. et Reitz, J. C. (eds), *op. cit.*, p. 8 et suiv. .

confrontation des acteurs, des interprètes venant du droit et des sciences politiques nous permettra d'étayer notre hypothèse de recherche. Car nul doute que les discours de ces trois types de protagonistes ne se recoupent pas parfaitement.

II. Le Conseil constitutionnel un acteur de la société, un acteur dans la société

Institué par le Constitution de 1958 dont il était une des principales innovations, le Conseil constitutionnel « n'est pas le fruit de l'évolution historique »³⁴. Au confluent du droit et de la politique, il heurte de plein front la tradition française de la souveraineté parlementaire. Comme a pu le dire le doyen Georges Vedel : « c'est parce qu'il dérangeait [le système, la logique et la hiérarchie tant juridique que juridictionnelle] que le Conseil constitutionnel a pu être jugé dérangeant »³⁵. C'est ce qui explique qu'il s'agit d'une institution originale à plus d'un titre.

Une composition originale

Le Conseil constitutionnel se compose de neuf membres nommés et de membres de droit. Selon l'article 56, alinéa 2 de la Constitution « font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens présidents de la République ». Ce choix a été fait afin de faire profiter à leurs collègues de leur expérience passée en tant que gardiens, pendant la durée de leur mandat, du respect de la Constitution (art. 5 de la Constitution)³⁶. Cependant, dans la pratique, l'on constate que les anciens présidents (Valéry Giscard d'Estaing mis à part et très récemment) ne siègent pas³⁷. Les membres nommés le sont à raison de trois membres par autorité (président de la République, président du Sénat et président de l'Assemblée nationale), pour une durée de 9 ans et sans conditions particulières². Le président du Conseil constitutionnel est choisi par le chef d'Etat, généralement parmi les membres qu'il a nommé³⁸. Il faut aussi noter que les « sages » qui siègent dans l'aile Montpensier du Palais-Royal à Paris sont astreint à une obligation de réserve qui recouvre entre autre l'obligation « de ne prendre aucune position publique sur les questions ayant

³⁴ FAVOREU, L., *Le Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2005, p. 5.

³⁵ DRAGO, G., FRANOIS, B. et MOLFESSIS, N., *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. IX ; MEUNIER, J., « Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, pp. 29-40.

³⁶ ARDANT, P., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 118.

³⁷ FAVOREU, L., *op. cit.*, p. 10.

³⁸ DEBBASCH, C., BOURDON, J., PONTIER, J.-M. et RICCI, J.-C., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 2001, p. 582.

fait ou susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil »³⁹.

Ainsi donc les juges constitutionnels ne sont pas l'élite du corps de la magistrature. Et si bon nombre sont juristes de formation, pour l'ensemble ils n'avaient pas été préparés à exercer une (telle) fonction juridictionnelle. Défenseurs comme opposants au Conseil constitutionnel ont toujours été mal à l'aise avec cette composition en témoignent les atermoiements de la doctrine et des acteurs politiques au sujet de la nature de l'institution (organe politique ou juridictionnel)⁴⁰. Qu'en est-il vraiment ? S'il est clair que cette institution est de nature juridictionnelle, il n'en demeure pas moins qu'elle a une place, qu'elle est un acteur à part entière dans le jeu politique en ce qu'elle est « l'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics » et le régulateur du système politique⁴¹. Allons plus loin, à la suite de J. Meunier⁴², nous pensons que la conception courante de l'activité juridictionnelle n'a pas la possibilité d'analyser (en tout cas pour partie) ses décisions à la lumière des préférences individuelles de ses membres. Il existe des indices qui abondent dans cette direction. *Primo*, « les personnalités désignées pour siéger au Conseil constitutionnel sont choisies prioritairement dans le cercle des amis politiques des autorités de nomination »⁴³. Or dans l'exercice de leurs fonctions, ils seront amenés à trancher des conflits dans lesquels ils ont pris part soit directement, soit indirectement via les formations politiques auxquels ils ont appartenu. Les réflexes et les solidarités ne céderont pas facilement. *Secundo*, « aux solidarités politiques s'additionnent souvent des relations personnelles – d'allégeance, diraient certains – et des amitiés anciennes »⁴⁴. *Tertio*, la nomination au Conseil constitutionnel constitue bien souvent le couronnement et la fin de la carrière, ce qui peut amener à « figer les attitudes, enfermer les acteurs dans leurs convictions »⁴⁵. Ces développements redonnent à l'explication de la délibération, et partant du jugement, par les préférences politiques et les choix tactiques une certaine crédibilité, une certaine pertinence.

³⁹ Décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 ; VERPEAUX, M. et BONNARD, M. (dir.), *Le Conseil constitutionnel*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 43.

⁴⁰ Voir à ce sujet VERPEAUX, M. et BONNARD, M. (dir.), *op. cit.*, p. 33-37 ; ARDANT, P., *op. cit.*, p. 137-139 ; RENOUX, T.-S., « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir judiciaire en France dans le modèle européen de contrôle de constitutionnalité des lois », *Revue internationale de droit comparé*, 46, 3, 1994, p. 892.

⁴¹ GICQUEL, J., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2002, pp. 724 et suiv. ; voir aussi SCHRAMECK, O., « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'action gouvernementale », in DRAGO, G., FRANÇOIS, B. et MOLFESSIS, N., *op. cit.*, pp. 107 et suiv. ; FRANÇOIS, B., *loc. cit.*, p. 393 et suiv.

⁴² MEUNIER, J., *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Paris, L.G.D.J., 1994, voir, entre autres, pp. 18-49, 57-89 et 193-195.

⁴³ *Ibid.*, p. 64.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 65.

⁴⁵ *Ibid.*

Aussi, concrètement il nous semble utile d'énumérer rapidement la composition du Conseil constitutionnel pour les périodes nous intéressant à savoir : celle d'avril-septembre 1992 et celle de décembre 1997. Ainsi, le Conseil ayant rendu les décisions relatives à la ratification du traité de Maastricht était composé comme suit⁴⁶ : comme membres nommés par le président de la République: Robert Badinter (nommé par François Mitterrand en 1986), Maurice Faure (nommé par François Mitterrand en 1989), Georges Abadie (nommé par François Mitterrand en 1992); comme membres nommés par le président du Sénat: Jacques Latscha (nommé par Alain Poher en 1988), Jean Cabannes (nommé par Alain Poher en 1989), Marcel Rudloff (nommé par Alain Poher en 1992); comme membres nommés par le président de l'Assemblée nationale: Robert Fabre (nommé par Louis Mermaz en 1986), Jacques Robert (nommé par Laurent Fabius en 1989), Noëlle Lenoir (nommée par Henri Emmanuelli en 1992) et Valéry Giscard d'Estaing en tant que membre de droit (mais il ne siège pas). Son président était Robert Badinter. Tandis que le Conseil à l'origine de la décision relative à la ratification du traité d'Amsterdam comprenait⁴⁷ : en tant que président: Roland Dumas, en tant que membres nommés par le président de la République: Maurice Faure, Georges Abadie, Roland Dumas (nommé par François Mitterrand en 1995); en tant que membres nommés par le président du Sénat: Jean Cabannes, Alain Lancelot (nommé par Alain Poher en 1996 en remplacement de Marcel Rudloff, nommé pour 9 ans en 1992), Yves Guéna (nommé par René Monory en 1997); en tant que membres nommés par le président de l'Assemblée nationale: Jacques Robert, Noëlle Lenoir, Michel Ameller (nommé par Philippe Séguin en 1995) et en tant que membres de droit: Valéry Giscard d'Estaing qui ne siège pas.

Quelques particularités quant à la procédure

Le Conseil constitutionnel dispose d'une compétence d'attribution: il ne peut être saisi que des questions qui lui ont été attribuées expressément par un texte. De plus, il ne peut s'auto saisir ; seul dispose du droit de saisine le président de la République, le Premier ministre, le président du Sénat et celui de l'Assemblée nationale ainsi que 60 députés ou sénateurs⁴⁸. D'où certaines conséquences: la saisine est, en matière d'engagements internationaux, « toujours subordonnée à la volonté d'autorités libres de ne pas l'exercer [...] elle est une condition de sa participation à la production normative »⁴⁹. Il s'en suit que cette liberté a un prix, un coût politique lié tant au choix par l'autorité

⁴⁶ Conseil constitutionnel, « Membres du Conseil – Liste des membres du Conseil constitutionnel depuis 1958 », <http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/francais/liste.htm>.

⁴⁷ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/francais/liste.htm>.

⁴⁸ DEBBASCH, C., BOURDON, J., PONTIER, J.-M. et RICCI, J.-C., *op. cit.*, p. 586.

⁴⁹ MEUNIER, J., *op.cit.*, p. 347.

politique de la saisir ou non que celui lié à l'incertitude du résultat⁵⁰. Concernant l'intégration européenne cela a eu pour effet qu'un traité comme l'Acte unique européen ne fut jamais soumis au Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel et le contrôle des engagements internationaux

Afin de terminer cette partie consacrée à l'étude du Conseil constitutionnel, il nous reste à aborder la question de l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne et singulièrement dans la constitution.

Il s'agit d'un « contrôle de constitutionnalité de type particulier »⁵¹. En effet, à l'inverse du contrôle de conformité des lois à la constitution, s'il y a déclaration de non conformité, c'est la constitution (le texte de référence) qui doit être modifiée, révisée et non le texte jugé non conforme, c'est-à-dire le projet d'engagement international. L'on peut remarquer qu'en cela la Constitution française n'est pas aussi rigide que l'on aurait pu le penser. Ce n'est certes pas pour autant que l'on peut estimer être en présence d'une constitution souple, pouvant s'adapter sans formalisme contraignant aux changements que lui impose l'ordre international.

La notion d'engagement international a été précisée par le Conseil constitutionnel dans différents arrêts⁵², elle recouvre les traités, accords mais aussi les décisions émises par un organisme international et comportant un engagement pour la France⁵³.

Deux articles de la Constitution française permettent au Conseil constitutionnel d'être saisi de la conformité d'un tel engagement avec la constitution: *primo*, l'article 54 de la Constitution qui permet de demander au juge constitutionnel, à l'occasion de la ratification ou de l'approbation d'un engagement international, si celui-ci est, ou non, conforme à la constitution; *secundo*, l'article 61, alinéa 2 de la Constitution qui permet aux parlementaires de saisir le Conseil constitutionnel de la loi qui autorise la ratification de l'engagement international⁵⁴. Ces saisines sont facultatives: pour des raisons stratégiques et d'opportunité politique les titulaires de celles-ci décideront de mettre, ou non, la procédure en œuvre. Cependant s'ils ne l'ont point exercée et que le traité en question s'avère par la suite contraire à des dispositions de la constitution, il ne sera pas réexaminé et conservera sa place dans l'ordre juridique interne.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 241 et suiv.

⁵¹ FAVOREU, L., *op. cit.*, p. 65 ; MAUGÜE, C., « Le Conseil constitutionnel et le droit supranational », *Pouvoirs*, 105, 2003, pp. 54-57.

⁵² Décision n° 83-160 D.C. du 19 juillet 1983, *Rec.* 43, *RJC* I-154 et Décision n° 78-99 D.C. du 29 décembre 1978, *Rec.* 36, *RJC* I-164; voir. à ce sujet GAÏA, P., *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne : contribution à l'étude des articles 53 et 54 de la Constitution*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991, pp. 22-31.

⁵³ FAVOREU, L., *op. cit.*, p. 66.

⁵⁴ Bien qu'antérieur à la période examinée, voir sur l'importance de la saisine PHILIP, L., « Bilan et effets de la saisine du Conseil constitutionnel », *Revue française de science politique*, 34, 4, 1984, pp. 988-1001.

III. Le Conseil constitutionnel et l'Europe

Il convient d'examiner ici la position de cette institution sur l'intégration européenne. Par l'analyse des décisions relatives aux traités de Maastricht et d'Amsterdam, il devrait être possible d'en retirer l'essence de l'idée que se fait le Conseil constitutionnel de la construction européenne, de son développement futur, des limites qu'il faudrait peut-être lui apposer. Bien sûr, nous ne rentrerons pas dans la logique argumentative juridique, tel n'est pas le propos d'une recherche en science politique, mais les arguments juridiques utilisés par les « neuf sages » sont sans doute moins neutres qu'il n'y paraît à la première lecture. En effet, précédant la décision relative au Traité de Maastricht, quelques arrêts se rapportaient déjà à des questions européennes mais aucun jusque là n'avait fait l'objet d'un jugement de non conformité⁵⁵.

Avant d'analyser en profondeur les décisions que le Conseil constitutionnel a rendu sur les traités de Maastricht et d'Amsterdam, il faut observer que « l'effet des décisions du juge constitutionnel ne se limite pas nécessairement aux seules normes législatives qui ont déjà été édictées mais peut aussi s'opérer ad futurum, c'est-à-dire peut avoir une incidence sur l'adoption ou sur le contenu de normes législatives que le Pouvoir législatif n'a pas encore produites »⁵⁶. Selon nous, ces arrêts peuvent avoir des répercussions tant sur l'activité du législateur et du gouvernement au niveau du contenu des normes législatives ultérieures et de leur exécution (qui devront être conformes aux traités européens et au droit dérivé) que sur l'idée-même que se font ces deux pouvoirs au sujet de la nature et des développements futurs de la construction européenne. Le Conseil constitutionnel se verra alors reconnaître un rôle d'aiguillon.

La décision du 9 avril 1992 relative au Traité de Maastricht⁵⁷ : une première brèche?

Première décision par laquelle le Conseil constitutionnel subordonne la ratification d'un traité à la révision de la Constitution ; il avait été saisi le 11 mars

⁵⁵ Un bon exemple en est la décision des 29-30 décembre 1976 sur l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct, *Rec.* 15, *RJC* I-41.

⁵⁶ BEHRENDT, C., *Le juge constitutionnel, un législateur-Cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 2.

⁵⁷ Décision 92-308 D.C. du 9 avril 1992, *Rec.* 55, *RJC* I-496 ; FAVOREU, L. et PHILIP, L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Sirey, 1999, pp. 799-807 ; JACQUE, J.-P., « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 D.C. du 9 avril 1992-Traité sur l'Union européenne », *Revue trimestrielle de Droit européen*, n° 28 (2), avril-juin 1992, pp. 251-264 ; MATHIEU, B., « Droit constitutionnel français et construction européenne », in MAVRIAS, K., MAUS, D., ILIOPOULOS-STRANGAS, J. (et al.), *Défense nationale, intégration européenne : les réponses constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 49-52.

1992 par le président de la République en application de l'article 54 de la Constitution⁵⁸. La particularité due à la procédure tient en ce qu'elle consiste en un contrôle *a priori*⁵⁹; ce contrôle préventif permet au juge constitutionnel d'« éviter à la France de se retrouver dans une position délicate »⁶⁰. Sa responsabilité est donc particulièrement lourde de conséquences. Sa décision de non-conformité peut être dès lors située dans un contexte particulier : celui d'une pression accrue pour qu'il vérifie la conformité à la Constitution de traités internationaux et d'actes européens, ce qui comme le note Claude Blumann « souligne l'internationalisation et l' "européanisation" croissante [du] système juridique »⁶¹.

Les points d'achoppement

Si elle établit la compatibilité avec la Constitution du transfert de compétences à l'Europe, sans que toutefois ne soit « ouvertement reconnue une quelconque spécificité à la construction communautaire, conformément en cela à l'attitude bien établie du Conseil constitutionnel » (ce qui n'est point innocent)⁶², il n'en demeure pas moins que quelques dispositions du Traité ont été censurées par le juge constitutionnel.

Il s'agit d'abord des matières relatives à l'Union économique et monétaire. Le droit de battre la monnaie et de déterminer la politique de change sont des attributs essentiels de la souveraineté, c'est du moins ce qu'en a jugé le Conseil constitutionnel qui voit dans les dispositions du Traité y afférentes une remise en cause des conditions essentielles d'exercice de celle-ci⁶³. En effet, le considérant 43 de la décision stipule: « (...) la mise en œuvre d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques [se fera selon] des modalités

⁵⁸ JACQUE, J.-P., *loc. cit.*, p. 252.

⁵⁹ DELPEREE, F., « Le Conseil constitutionnel: état des lieux », *Pouvoirs*, 105, 2003, pp. 7-8.

⁶⁰ BLUMANN, C., « La ratification par la France du Traité de Maastricht », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 379, juin 1994, p. 395.

⁶¹ *Ibid.*, p. 394.

⁶² RIDEAU, J., « Rapport sur la France », in MASCLET, J.-C. et MAUS, D. (dir.), *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe: rapports présentés lors du colloque tenu à Paris les 10 et 11 juin 1992*, Paris, La Documentation française, 1993, p. 83 ; et voir. les considérants 11, 12 et particulièrement le considérant 13 de la décision 92-308 DC. Aux termes de celui-ci: « (...) il résulte [du 14ème alinéa du préambule de la Constitution de 1946 et de l'article 53 de la Constitution de 1958] que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie du pouvoir de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres » (c'est nous qui soulignons), <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92308dc.htm>.

⁶³ *Ibid.*, pp. 95-99.

telles qu'un Etat membre se trouvera privé de compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » et le considérant 44 de conclure que : « (...) dans leur état, les dispositions de la Constitution font obstacle à ce que la France s'intègre à l'Union économique et monétaire instituée par le traité ».

Il s'agit ensuite de l'instauration d'une citoyenneté de l'Union via le droit de vote et d'éligibilité accordés aux ressortissants communautaires pour les élections municipales. Ici encore intervient le principe de souveraineté nationale. S'appuyant sur des dispositions constitutionnelles, un lien est établi entre la participation des sénateurs à la souveraineté nationale⁶⁴ et leur élection par les collectivités territoriales⁶⁵. Le raisonnement est le suivant : si des électeurs étrangers votent et peuvent être élus au sein de ces collectivités, cela implique que les sénateurs le soient aussi. Or la participation à la souveraineté nationale ne peut être que le fait de nationaux. Il y a donc inconstitutionnalité selon le Conseil constitutionnel⁶⁶. Étonnamment, la participation des ressortissants européens à l'élection du parlement européen n'a fait l'objet d'aucune inconstitutionnalité⁶⁷. Certes, dans l'ordre institutionnel de la Communauté, le Parlement n'est pas investi (ou pas en propre) du pouvoir législatif (pas d'atteinte à la souveraineté nationale donc)⁶⁸. Selon le considérant 32 *in fine* : « (...) le Parlement européen, à l'instar des autres institutions communautaires, agit "dans les limites des attributions qui lui sont conférées" par chacun des traités (...) ». Dès lors le considérant 34 poursuit : « [du fait que] le traité sur l'Union européenne n'a pas pour conséquence de modifier la nature juridique du Parlement européen; (...) ce dernier ne constitue pas une assemblée souveraine dotée d'une compétence générale et qui aurait vocation à concourir à l'exercice de la souveraineté nationale »; et de préciser que « (...) le Parlement européen appartient à un ordre juridique propre qui, bien que se trouvant intégré au système juridique des différents Etats membres des communautés, n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française ». Cependant, si l'on perçoit que le processus de décision au niveau européen est amené à changer et de plus, si l'on considère que chaque pays envoie une sorte de délégation nationale pour la représenter au niveau européen (idée répandue en France), le problème de l'identification de ces ressortissants aux nationaux se pose dans les mêmes termes que pour les élections municipales. Deux poids

⁶⁴ Sur le principe de souveraineté nationale, voir PRETOT, X., « Le principe constitutionnel de souveraineté nationale et l'Europe », in *La Constitution et l'Europe: journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat, Salle Médicis, Palais du Luxembourg*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 33-66.

⁶⁵ JACQUE, J.-P., *loc. cit.*, p. 259-260; et voir les considérants 24, 25 et particulièrement 26.

⁶⁶ Voir le considérant 27.

⁶⁷ Voir le considérant 35: « (...) n'est contraire à aucune règle non plus qu'à aucun principe de valeur constitutionnelle ».

⁶⁸ RIDEAU, J., *op. cit.*, pp. 92-95.

17

deux mesures?

Dernier point d'achoppement, les mesures relatives à l'entrée et à la circulation des personnes, c'est-à-dire la problématique des visas⁶⁹. L'atteinte à la souveraineté nationale réside ici dans le changement du mode de prise des décisions : de l'unanimité à la majorité qualifiée⁷⁰.

L'on peut conclure en définitive que pour qu'une disposition d'un traité soit jugée contraire, il faut que la matière traitée fasse partie de celles relevant de la souveraineté nationale, que l'atteinte soit d'une certaine gravité c'est-à-dire qu'elle touche aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté, tant réellement que potentiellement (concernant les visas, l'atteinte est potentielle car le passage d'un mode de vote à l'autre ne peut se faire qu'à l'unanimité). Ces conditions sont cumulatives.

Le décision du 9 avril 1992 n'est pas un « coup d'arrêt à la construction européenne »⁷¹. Constitue-elle pour autant une brèche dans la Constitution et dans la conception traditionnelle de la souveraineté nationale?⁷² Cela est difficile à dire. D'un côté, les articles censurés sont peu nombreux ce qui traduit une acceptation de l'intégration européenne. Mais s'agit-il d'une réelle acceptation de l'Europe dans tous ces développements ou d'une simple tolérance qui s'arrête là où, dans certaines matières touchant au fondement de la République, le juge constitutionnel estime qu'elle va trop loin ? Il est intéressant à ce titre de constater que le Conseil constitutionnel ne semble pas réellement prendre la mesure de la vraie nature de la construction européenne qu'il ne différencie pas d'autres institutions internationales⁷³.

Maastricht II et III⁷⁴ : Bis Repetita?

Pour répondre à ces objections, on ajouta l'article 88-2 et 88-3 à la Constitution. A l'inverse d'une formule générale qui aurait permis des transferts de compétence sans que leur domaine fut expressément délimité (ce que d'aucuns parmi la doctrine réclamaient⁷⁵), le constituant ne consent qu'aux

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 99-103.

⁷⁰ Voir le considérant 49: « (...) la politique commune des visas à l'égard des pays tiers est décidée par le Conseil des ministres des communautés à l'unanimité (...) en revanche l'abandon [de cette règle] à compter du 1^{er} janvier 1996 (...) pourrait conduire (...) à ce que se trouvent affectées des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

⁷¹ BLUMANN, C., *loc. cit.*, p. 394.

⁷² CATALA, N., « La décision du Conseil constitutionnel sur le traité de Maastricht : la Constitution devra être révisée », *Le Quotidien de Paris*, 6 avril 1992.

⁷³ Voir le considérant 13 précité de la décision 92-308 DC.

⁷⁴ Décision 92-312 D.C. du 2 septembre 1992, *Rec.* 76, *RJC* I-505 et décision 92-313 D.C. du 23 septembre 1992, *Rec.* 94, *RJC* I-511.

⁷⁵ Voir BLUMANN, C., *loc. cit.*, p. 398; CHALTIEL, F., « La Constitution française et l'Union européenne: A propos de la révision constitutionnelle du 25 janvier 1999 », *Revue du*

seuls transferts de compétence imposés par la décision du 9 avril 1992. Mais ce qui est peut être plus révélateur est la formulation du nouvel article 88-1 de la Constitution. Le constituant tente une qualification juridique de la construction européenne : on peut y relever une dissociation entre les Communautés et l'Union ainsi que le rejet de la thèse fédéraliste. L'Europe est ainsi comprise comme ayant trois caractéristiques: une composition interétatique et une base conventionnelle (caractères de toute organisation internationale classique) ainsi que l'exercice en commun de certaines compétences (ce qui condamne tout transfert massif de compétences souveraines)⁷⁶. Cela traduit une approche minimaliste de l'intégration européenne, celle-ci se réduisant au seul exercice en commun de compétences par des Etats. De plus, il semble aussi que les institutions communautaires soient d'une nature différente des organes d'institutions internationales⁷⁷.

La décision de « Maastricht II »⁷⁸ rendue le 2 septembre 1992 fait suite à une saisine de 70 sénateurs au titre de l'article 54 de la Constitution. Il apparaît que cette décision constitue un prolongement de la décision du 9 avril 1992. Que faut-il en retenir? Le Conseil constitutionnel a rejeté les arguments des auteurs de la saisine en invoquant essentiellement deux principes: celui de l'autorité de ses décisions qui s'étend non seulement aux dispositifs et moyens de la décision mais aussi aux silences du juge constitutionnel⁷⁹; et celui de la souveraineté du pouvoir constituant qui permet à celui-ci d'introduire dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle⁸⁰. Ce deuxième principe est rappelé dans le 19 considérant qui stipule que: « (...) le pouvoir constituant est souverain; (...) il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée [et] rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle » et de préciser que « (...) cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite ».

Marché commun et de l'Union européenne, 427, 1999, pp. 231-232, *contra* GAÏA, P. et PHILIP, L., « Jurisprudence du Conseil constitutionnel: 1^{er} octobre-31 décembre 1997 », *Revue française de Droit constitutionnel*, 33, 1998, pp. 155-156.

⁷⁶ BLUMANN, C., *loc. cit.*, p. 399.

⁷⁷ GENEVOIS, B., « Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution révisée : A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-312 D.C. du 2 septembre 1992 », *Revue française de Droit administratif*, 8(6) novembre-décembre, 1992, p. 947.

⁷⁸ Pour le texte de la décision, voir <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92312dc.htm> ; FAVOREU, L., « Une décision en demi-teinte », *Le Figaro*, 4 septembre 1992.

⁷⁹ Cette affirmation ressort clairement du considérant 36 de la décision 92-312 DC: « (...) dans sa décision du 9 avril 1992, le Conseil constitutionnel, après avoir indiqué celles des stipulations du traité soumis à son examen qui étaient, en l'état, contraires à la Constitution, a estimé que tel n'était le cas d'aucune des autres dispositions de l'engagement international dont s'agit » et de conclure que « l'autorité qui s'attache à la chose jugée par le Conseil constitutionnel s'oppose à ce que puissent être utilement mises en cause les stipulations du traité (...) ».

⁸⁰ RIDEAU, J., *op. cit.*, p. 128.

Le constituant peut donc à sa guise opter pour l'ajout de dispositions nouvelles plutôt que la modification ou l'adaptation d'un ou plusieurs articles. Deux conséquences à ce deuxième principe : *primo*, cela laisse au constituant le choix de la facilité (l'ajout d'article) plutôt qu'un réel travail de perception, de réflexion sur la véritable nature de la construction européenne, étape primordiale avant de pouvoir véritablement cerner les articles « touchés » par les développements de l'Europe, articles qui ensuite pourront faire l'objet de modification afin de rendre la Constitution réellement en accord avec les traités. *Secundo*, « se trouve clairement rejetée une éventuelle distinction entre des règles supra-constitutionnelles intangibles et les autres dispositions constitutionnelles »⁸¹. Cette deuxième conséquence joue, quant-à-elle, un rôle positif en faveur d'une adéquation de la Constitution à la construction européenne. Si toutes les dispositions constitutionnelles sont à un même niveau hiérarchique, le pouvoir quasi absolu du constituant l'autorise à se départir de parts de sa souveraineté au gré des engagements internationaux auxquels il aura souscrit librement⁸².

La décision appelée « Maastricht III » (décision 92-313DC du 23 septembre 1992)⁸³ avait fait l'objet d'une saisine de la part de 63 députés au titre de l'article 61, alinéa 2 de la Constitution. Le recours a été rejeté; le Conseil constitutionnel excipant de son incompétence pour apprécier la constitutionnalité d'une loi adoptée par voie de référendum, c'est-à-dire venant du peuple lui-même⁸⁴.

L'intensification de l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale

La décision du 31 décembre 1997 relative au Traité d'Amsterdam⁸⁵ a été introduite par, fait inédit, une double saisine du président et du Premier ministre. Ce qui, dans le contexte politique de cohabitation témoigne d'une sorte de volonté unanime de veiller à la conformité du Traité à la Constitution ainsi que d'un consensus toujours plus grand au sein de la classe politique sur la construction européenne⁸⁶.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*, p. 134 : ce qui, selon Joël Rideau, ne favorise pas un choix clair entre deux conceptions de l'Etat; FAVOREU, L., « Pour une clarification du débat constitutionnel », *Le Figaro*, 15 mai 1992.

⁸³ Pour le texte de la décision, voir <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92313dc.htm>.

⁸⁴ Voir le considérant 5 de la décision 92-313DC: « (...) aucune disposition de la Constitution, non plus d'ailleurs que d'une loi organique prise sur son fondement, ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur [une] demande (...) concernant [une] loi adoptée par le Peuple français par voie de référendum »; FAVOREU, L. et PHILIP, L., *op. cit.*, p. 821.

⁸⁵ Pour le texte de la décision n° 97-394 D.C. du 31 décembre 1997, voir *JORF*, 3 janvier 1998, pp. 165 et suiv. ou sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1997/97394/97394dc.htm>.

⁸⁶ CHALTIEL, F., « Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel relative au Traité d'Amsterdam », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 415, février 1998, p. 73 ;

Une nouvelle mise à l'épreuve de la construction européenne

La distinction entre les limitations de souveraineté possibles et les transferts de souveraineté impossibles est abandonnée⁸⁷. Outre une assimilation de la souveraineté de l'Etat et de la souveraineté nationale⁸⁸, la décision opère la conciliation entre souveraineté et intégration européenne par une systématisation de la notion de conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Ainsi, celle-ci s'accommode de transferts de souverainetés vers l'Union européenne jusqu'à un certain seuil qui est atteint lorsque les limitations de souveraineté soit méconnaissent une disposition précise de la Constitution, soit contreviennent aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Le juge constitutionnel appréciera aussi ces limitations au regard des « articles Europe » de la Constitution (53-1, 88-1 à 88-4)⁸⁹. C'est en résumé ce qui est stipulé aux termes du considérant 9: « *Considérant qu'aux termes de l'article 88-2, ajouté à la Constitution par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992: "Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne ainsi qu'à la détermination des règles relatives au franchissement des frontières extérieures des Etats membres de la Communauté européenne"; qu'il résulte de cette disposition qu'appellent une nouvelle révision constitutionnelle les clauses du traité d'Amsterdam qui opèrent, au profit de la Communauté européenne, des transferts de compétences qui mettent en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, soit que ces transferts interviennent dans un domaine autre que l'établissement de l'union économique et monétaire européenne ou que le franchissement des frontières extérieures communes, soit que ces clauses fixent d'autres modalités que celles prévues par le traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 pour l'exercice des compétences dont le transfert a été autorisé par l'article 88-2 précité* » (c'est nous qui soulignons). Remarquons à ce niveau que le Conseil constitutionnel ne propose toujours pas de définition précise de ce qu'il entend par « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »⁹⁰.

GAÏA, P. et PHILIP, L., *loc. cit.*, p. 144 ; BON, P., « Le Traité d'Amsterdam devant le Conseil constitutionnel », *Petites affiches*, 19 juin 1998, n° 73, p. 24.

⁸⁷ Voir le considérant 7 de la décision 97-394 DC qui postule que « (...) au cas où des engagements internationaux souscrits (...) contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle » ; BON, P., *loc. cit.*, p. 29 ; pour un aperçu de cette distinction, voy. MONERA, F., *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 213-219.

⁸⁸ CHALTIEL, F., *loc. cit.*, p. 75.

⁸⁹ GAÏA, P. et PHILIP, L., *loc. cit.*, p. 145.

⁹⁰ CHALTIEL, F., *loc. cit.*, pp. 77-78.

Les points d'achoppement

Du fait de l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel, il y a moins de dispositions du Traité d'Amsterdam qui heurtent la Constitution. Malgré tout, des points d'achoppement subsistent ; ils concernent l'abandon de la règle de l'unanimité et l'application de la procédure de « codécision » en matière de visas, asile, immigration et d'autres politiques liées à la libre circulation des personnes.

Suivant son raisonnement⁹¹, le Conseil constitutionnel constate d'abord que certains transferts de compétences intéressent l'exercice de la souveraineté nationale. Cependant il n'est point exhaustif dans son analyse car il ne tient pas compte de dispositions susceptibles d'être arrêtées dans le cadre de la procédure de « codécision »⁹². Ensuite, le fait que ces compétences soient exercées par le Conseil de la Communauté à la majorité (et non plus à l'unanimité) et en « codécision » avec le Parlement européen peut conduire, selon le juge constitutionnel, à ce que se trouvent affectées les conditions essentielles d'exercice de cette souveraineté ce qui entraîne *de facto* l'inconstitutionnalité des dispositions afférentes et donc l'obligation de procéder à la révision de la Constitution⁹³. Ce recours accru à la majorité qualifiée et la mise en place du mécanisme de « codécision » qui fait du Parlement un acteur législatif dans certaines matières, atteste de l'intensification de l'atteinte portée aux conditions essentielles de la souveraineté nationale.

La décision du 31 décembre 1997 comporte (tout comme avant elle celles concernant le traité de Maastricht), il faut le souligner, des lacunes. Selon une démarche déjà éprouvée lors de ses précédents arrêts (Maastricht I et II), le Conseil constitutionnel se borne à affirmer, sans aucune autre précision, qu'aucune autres dispositions que celles qui ont été jugées contraires à la Constitution ne font obstacle à l'insertion du traité dans l'ordre juridique interne⁹⁴. Certains lui ont dès lors reproché de ne pas avoir suffisamment porté attention à des problèmes qui le méritaient pourtant (au sujet du droit d'asile,

⁹¹ BAGHESTANI-PERREY, L., « Décision n° 97-394 D.C. du 31 décembre 1997 relative au Traité d'Amsterdam », *Petites affiches*, 74, 22 juin 1998, pp. 16-19.

⁹² BON, P., *loc. cit.*, p. 30.

⁹³ Voir le considérant 24 : « [le] passage de la règle de l'unanimité à celle de la majorité qualifiée et à la procédure de " codécision " ne nécessitera, le moment venu, aucun acte de ratification ou d'approbation nationale, et ne pourra ainsi pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité » et le considérant 25 de conclure : « l'application des dispositions [relatives à l'abandon de la règle de l'unanimité en matière de visas, d'asile, d'immigration et d'autres politiques liées à la libre circulation des personnes] pourrait conduire à ce que se trouvent affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ».

⁹⁴ Voir les considérants 51 de la décision 92-308 DC, 36 et 46 de la décision 92-312 DC et 31 de la décision 97-394 DC.

entre autre⁹⁵). Ensuite, ont été jugés conforme (alors que cela n'allait pas de soi) l'article F1 du Traité relatif à la possibilité de priver de ses droits un Etat membre qui violerait les principes énoncés à l'article F paragraphe 1, ainsi que des dispositions du titre VI du Traité de Maastricht qui concernent la coopération judiciaire en matière pénale et civile⁹⁶. Les arguments invoqués paraissent bien maigres et touchent pourtant à la souveraineté nationale des Etats⁹⁷. En ce qui concerne le passage de la règle de l'unanimité à celle de la majorité et le processus de codécision qui en résulte, l'emploi du conditionnel dans le considérant 25 de la décision concernant le traité d'Amsterdam⁹⁸ est moins banal qu'il n'y paraît. Pour Pierre Bon: « [il] s'explique vraisemblablement par le fait que, tantôt la France sera d'accord avec la mesure arrêtée par le Conseil auquel cas il n'y a pas d'atteinte à la souveraineté, tantôt elle sera hostile à ladite mesure qui lui sera imposée par le jeu de la majorité auquel cas il y aura atteinte à la souveraineté »⁹⁹. De plus, l'irruption du Parlement européen dans le processus décisionnel a eu pour conséquence un revirement jurisprudentiel quant à la conception même de celui-ci. D'une jurisprudence « minimisatrice » du Parlement européen¹⁰⁰ on serait passé à la prise de conscience, par le juge constitutionnel, de la réalité institutionnelle de l'Europe. Pourtant, l'on pouvait penser que l'autorité s'attachant aux décisions constitutionnelles ferait obstacle à une nouvelle vision sur la question.

Que signifient ces lacunes et ces (quasi-)surprises ? L'idée selon laquelle l'imprécision des décisions du Conseil constitutionnel rendues sur les traités européens peut s'expliquer par la volonté de se laisser une certaine latitude et donc d'autoriser les précisions ultérieures, bien qu'elle soit séduisante n'en est pas moins fausse (du moins en partie). Son inexactitude à rendre compte de la réalité tient d'abord à l'autorité de la chose jugée qui empêche le juge constitutionnel de connaître plusieurs fois du même litige. Ainsi, il nous semble qu'elle est plus à rechercher dans la position même du Conseil constitutionnel au sein de la société : à la charnière du politique et du juridique, à la charnière aussi entre l'ordre juridique interne et international. Et la question du contrôle de constitutionnalité des traités européens se situe au confluent de tous ces champs. Nous suivons Hélène Tourard lorsqu'elle affirme qu'il s'agit donc avant tout et principalement d'une « question politique qui met le juge

⁹⁵ BON, P., *loc. cit.*, p. 32.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 30.

⁹⁷ CHALTIEL, F., *loc. cit.*, pp. 80-81.

⁹⁸ « Considérant que, dans ces conditions, et notwithstanding les dispositions de l'avant-dernier alinéa de l'article 73 K, l'application des dispositions du deuxième paragraphe de l'article 73 O pourrait conduire à ce que se trouvent affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (c'est nous qui soulignons).

⁹⁹ BON, P., *loc. cit.*, p. 31.

¹⁰⁰ CHALTIEL, F., *loc. cit.*, p. 81.

23

constitutionnel dans l'embarras quelle que soit l'attitude qu'il adopte » car il est « toujours difficile d'appliquer des principes juridiques à des matières purement politiques »¹⁰¹. En se remémorant le considérant 25 précité, l'on ne peut qu'en déduire finalement que la précision n'est point demandée ni même, et peut-être même encore moins, souhaitée dans ce type particulier de contrôle de constitutionnalité. Ce qui fait dire à Hélène Tourard qu'« on demande au juge constitutionnel d'adopter une interprétation évolutive de la Constitution en fonction de ce que les pouvoirs politiques estiment être l'évolution de la société internationale »¹⁰², ce à quoi nous rajoutons l'adaptation à l'évolution de la construction européenne.

La révision constitutionnelle qui s'en est suivie s'est opérée d'une manière parfaitement similaire à celle découlant de la décision du 9 avril 1992 relative au Traité de Maastricht. A nouveau le pouvoir politique a fait le choix d'un recours au pouvoir constituant dérivé et non au peuple, pouvoir constituant originaire. A nouveau il s'agit d'une révision minimaliste au regard de l'intégration européenne, minimisant le caractère supranational de l'Union européenne¹⁰³.

IV. Le Conseil constitutionnel: propagateur ou frein à l'eupéanisation?

Pour quels motifs le Conseil constitutionnel se prononce-t-il sur la non-conformité de certaines dispositions alors que d'autres, posant des problèmes similaires, ne font pas l'objet d'une telle appréciation? Quelles raisons poussent les « neuf sages de l'aile Montpensier » à faire évoluer leur vision de l'Europe en seulement quelques années d'intervalle? Reprenons notre concept de « Soft constitutional euroscepticism » qui suppose deux choses qui interagissent: un juge constitutionnel réticent à certains aspects de la construction européenne et une constitution plus ou moins rigide mais dont certains principes sont quasi-intangibles (dans l'esprit de la majorité en tout cas).

La Constitution française, une constitution « eurosceptique »?

Dans ce modèle, la constitution oppose à l'Europe non des obstacles permanents mais simplement des barrières qui peuvent être levées moyennant l'aménagement de la constitution elle-même. Le traité l'emporte sur la constitution, elle ralentit la marche vers l'intégration européenne toujours accrue mais ne la stoppe pas. Qu'en est-il de la Constitution française?

¹⁰¹ TOURARD H., *op. cit.*, pp. 275 *in fine* et 276.

¹⁰² *Ibid.*, p. 276.

¹⁰³ CHALTIEL, F., « La Constitution française et l'Union européenne : A propos de la révision constitutionnelle du 25 janvier 1999 », *loc. cit.*, pp. 229-230.

La construction européenne va plus loin que se fait la conception du droit international classique des organisations internationales. Les autorités mises en place par les différents traités se substituent aux autorités nationales dans des domaines de plus en plus importants¹⁰⁴. Cela ne va pas sans mal. Certes, est inscrit désormais dans l'article 88-2 de la Constitution que la France « sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'Union économique et monétaire ainsi qu'à la détermination des règles relatives au franchissement des frontières extérieures des Etats membres de la Communauté européenne ». Il en va de même en ce qui concerne l'article 88-3. Certes l'article 88-1 constitue une tentative de qualification juridique de la construction européenne¹⁰⁵. C'est déjà ça mais en même temps, c'est peu.

C'est peu et c'est réducteur car la construction européenne ne se limite pas à un ensemble constitué « d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui [...] ont instituées [les Communautés et l'Union européenne], d'exercer en commun certaines de leurs compétences » (article 88-1 de la Constitution).

C'est peu car l'on reste dans une conception du principe de la souveraineté comme condition d'existence de l'Etat et de la Constitution or avec l'Europe, les constitutions ont subi un changement progressif de nature¹⁰⁶: les normes européennes entrent en concurrence avec les dispositions constitutionnelles. De plus, du fait des révisions minimales dont la Constitution a fait l'objet, les dispositions concernant la souveraineté n'ont pas été modifiées. Il existe donc de plus en plus de clauses constitutionnelles dérogoires, ce qui entraîne logiquement une affirmation implicite d'une souveraineté duale¹⁰⁷. Si la souveraineté d'antan est révolue, ce n'est point pour cela que le mythe disparaît. La jurisprudence du Conseil constitutionnel en constitue, selon nous, un bel exemple lorsqu'il utilise la notion d'atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Combien de temps le juge constitutionnel (ainsi que le constituant) va-t-il encore pouvoir (vouloir) se positionner au coup par coup¹⁰⁸; sans prendre (ou sans vouloir prendre) la mesure exacte des transformations en cours? Bertrand Mathieu estime, et nous le rejoignons, que « l'adaptation de la Constitution, dans la stricte mesure exigée par la phase actuelle de la construction européenne, a de par son caractère limité mais non borné, un effet [...] analgésique »¹⁰⁹.

¹⁰⁴ GELARD, P., MEUNIER, J., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 2001, p. 30.

¹⁰⁵ MABAKA, P. M., « L'Europe dans le droit constitutionnel positif des Etats », in ZILLER, *op. cit.*, pp. 31-34.

¹⁰⁶ CHALTIEL, F., « La Constitution française et l'Union européenne: A propos de la révision constitutionnelle du 25 janvier 1999 », *loc. cit.*, p. 233-234.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 234.

¹⁰⁸ MATHIEU, B., *op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 56.

Pour conclure, l'on pourrait dire qu'est en œuvre un processus d'eupéanisation du droit constitutionnel. Il s'agit pour paraphraser Rainer Arnold d'une « eupéanisation interne ou active »¹¹⁰, c'est-à-dire qu'elle a pour conséquence l'introduction, résultant de la volonté de l'Etat lui-même, dans la constitution de normes d'intégration, de normes autorisant une adhésion à la Communauté. Mais des résistances sont aussi présentes: dans le cas français, l'Etat n'a pas agi librement mais sous l'obligation de réviser la Constitution que lui ont imposé les différentes décisions du Conseil constitutionnel.

Le juge constitutionnel français, un juge "eurosceptique" ?

Dans le cas d'un « Soft constitutional euroscepticism », nous l'avons dit, le juge constitutionnel ne rejette pas la totalité de l'intégration européenne mais n'en accepte pas tous les développements. Qu'est-ce qui explique ainsi que le Conseil constitutionnel, tout en le vidant progressivement de sa substance, ne remette pas en cause *expressis verbis* le principe de souveraineté ? A partir du Traité de Maastricht, les rapports tendus entre les constitutions nationales et l'ordre communautaire ont eu pour base « la question du rétrécissement de la souveraineté nationale et de l'éventuelle usurpation de matières juridiques nationales par l'Union européenne »¹¹¹. La réaction des cours constitutionnelles, et singulièrement le Conseil constitutionnel français, face à cet « impérialisme communautaire »¹¹² a été de tenter de contrôler l'érosion latente du noyau dur de souveraineté.

Le Conseil constitutionnel est souvent présenté comme l'arbitre du jeu politique ; cependant, il doit plutôt être vu comme un acteur parmi d'autres. Il a ses propres règles de jeu qui le limitent mais lui permettent aussi une certaine créativité. Il dispose d'atouts que les autres joueurs n'ont pas (et parfois aimeraient bien avoir). Le juge constitutionnel a, nous semble-t-il, profité de cette « liberté de prononciation », de cette liberté d'interprétation des dispositions dont il assure la conformité. Cela se ressent dans ses arrêts relatifs aux traités de Maastricht et d'Amsterdam: n'acceptant pas toutes les implications de la construction européenne, il n'hésite pas à censurer les dispositions des traités qui lui semblent contraires à la Constitution. Certes c'est cette dernière qui devra être modifiée pour se mettre en conformité avec les traités mais entre temps une mise en garde, un message a été transmis au monde politique et à la population: « N'acceptons pas sans réflexion tout ce qui vient de l'Europe! ».

¹¹⁰ ARNOLD, R., *art. cit.*, p. 87.

¹¹¹ KATROUGALOS, G., « Droit communautaire et Constitutions nationales à la lumière du "dualisme institutionnel" de l'Union européenne », in MAVRIAS, K., MAUS, D., ILIOPOULOS-STRANGAS, J. (*et al.*), *op. cit.*, p. 136.

¹¹² *Ibid.*, p. 137.

La mise en conformité de la Constitution avec les traités européens est révélateur de « pressions adaptationnelles » à l'œuvre dans le domaine du droit constitutionnel et plus largement dans la société dans son entièreté car « les principes constitutionnels sur lesquels reposent les Etats (...) ont des liens très forts avec la politique et concernent au plus haut point l'existence politique de l'Etat »¹¹³. Nous l'avons déjà dit, ce degré d'incompatibilité entre les structures et les concepts nationaux et européen reposent sur un « institutional misfit ». Dans une perspective institutionnaliste rationnelle, le Conseil constitutionnel dispose d'une certaine latitude lui permettant d'effectuer des choix stratégiques. Nous avons rappelé aussi que pour qu'il y ait transformation de la société, il fallait aussi qu'existent des « mediating factors » au sein de la société française. Selon nous, le juge constitutionnel peut être analysé sous l'angle du « mediating factor » disposant d'un « veto point ». En effet, le mécanisme de contrôle de constitutionnalité des traités internationaux comprend des « possibilités de blocage à l'encontre de l'évolution nationale »¹¹⁴, ce qui rend l'atteinte d'une « winning coalition », c'est-à-dire d'un consensus domestique (plus) difficile à atteindre et à tout le moins, « complique la procédure de ratification de l'engagement international »¹¹⁵. Cette latitude laissée au Conseil constitutionnel lui permet de choisir entre deux attitudes différentes comme le résume très justement Hélène Tourard: « soit une attitude de "nationalisme" en déclarant le traité contraire à la Constitution, ce qui implique l'intervention du pouvoir constituant si les autorités politiques veulent véritablement s'engager par la voie de ce traité (...) ; soit une attitude ouverte au droit [européen] en déclarant que les dispositions conventionnelles ne sont pas contraires à la Constitution »¹¹⁶. Ce choix aura des répercussions sur l'ensemble des acteurs de la société ; il n'est donc en rien innocent. Ainsi, la première option conduit à ce que la nation soit saisie du "dossier européen" et qu'elle donne son avis *via* un référendum. Celui-ci n'est jamais gagné d'avance (nous l'avons encore récemment vu au sujet de la ratification du traité établissant une constitution pour l'Europe). Le Conseil constitutionnel sait donc le risque qu'il prend lorsqu'il dépose le dossier entre les mains d'une nation réticente aux changements annoncés. A l'inverse, la seconde option soulèvera dans l'opinion publique et au sein d'élites réticentes des doutes quant à la légitimité du juge constitutionnel (son interprétation de la Constitution et des textes conventionnels ne relève-t-elle pas d'une trop grande proximité idéologique, voire même d'une « collusion idéelle » avec les élites progressistes ?).

¹¹³ TOURARD H., *op. cit.*, p. 289.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 274.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

Conclusion: de la pyramide au réseau ?

Lorsqu'on évoque l'euroscepticisme, l'on pense immédiatement à des Etats tels que le Royaume-Uni ou encore les pays scandinaves. Cependant, la France, sous ses habits pro-européens, porte peut-être une tunique eurosceptique. Bien sûr, il ne s'agit pas d'un « euroscepticisme hard », mais plutôt de réticences à certains développements européens, c'est-à-dire d'un « euroscepticisme soft » au sens où Paul Taggart et Aleks Szczerbiak l'entendent. Citons pour exemple: l'opposition à une réforme profonde de la PAC ou, plus récemment, le rejet par référendum du traité établissant une constitution pour l'Europe.

Sur le plan des principes qui gouvernent l'Etat français, ces réticences se manifestent au travers du rappel lancinant du principe de souveraineté nationale. Ces craintes sont assez bien contenues dans un discours prononcé par Jacques Chirac alors président de la République à l'occasion d'une cérémonie de vœux au Conseil constitutionnel: « Il ne faudrait pas que par le jeu de traités et de conventions des pans entiers de notre organisation institutionnelle échappent à ceux qui sont investis du pouvoir constituant, je veux parler de la nation et de ses représentants. Les transferts de souveraineté doivent être librement consentis. Ils ne doivent pas être subrepticement arrachés »¹¹⁷. A l'image du « soft euroscepticism » de la société et des élites politiques françaises, il existe un « Soft constitutional euroscepticism » en France. "Soft" dans le sens la Constitution est à chaque fois révisée afin d'être mise en conformité avec les traités. Ainsi, l'on constate malgré tout une volonté de poursuivre l'intégration européenne.

Dès lors, au terme de notre analyse, à la question « Existe-t-il en France un « euroscepticisme constitutionnel »? », il nous semble donc pouvoir répondre par l'affirmative. Tant la position, les modes de pensée, les préférences du juge constitutionnel, que la Constitution française en constituent des indices.

En effet, à l'occasion de l'entrée des traités de Maastricht et d'Amsterdam dans l'ordre juridique interne français, se pose le problème du niveau de « goodness of fit » (qui détermine le degré de « pressions adaptationnelles » à l'œuvre en France) entre le niveau européen et le niveau français. Lorsque la Constitution française doit être mise en conformité avec ces traités, c'est bien d'un « institutional misfit » qu'il s'agit. Nous avons rappelé que cet « institutional misfit » est la condition nécessaire mais non suffisante pour que des changements domestiques s'opèrent ; il y a nécessité de « mediating factors ». Nous avons démontré que le Conseil constitutionnel français peut être compris en ce sens. Cela tient à la position qu'il occupe: au point charnière entre la société internationale et l'ordre juridique interne. Ce qui fait dire à Hélène Tourard que le Conseil constitutionnel est un « lien entre

¹¹⁷ *Le Monde*, 4-5 janvier 1998, p. 18, cité par BON, P., *loc. cit.*, p. 33.

[ces] deux ordres juridiques distincts mais étroitement interdépendants »¹¹⁸. Cette position privilégiée expose le juge constitutionnel à l'influence tant de la société internationale (que ce soit au travers des rapports qu'il entretient avec les autres cours constitutionnelles ou avec les cours internationales et européennes), que de la société domestique (surtout au travers des rapports que le conseil entretient avec le pouvoir et les élites politiques, compte-tenu de la composition originale qui est la sienne). A cela s'ajoute la particularité tenant au mécanisme et au champ même du contrôle de validité des traités internationaux tel qu'il est exercé par les « neuf sages de l'aile Montpensier ». Ainsi dès lors que le juge constitutionnel déclare un certain nombre de dispositions conventionnelles contraires à la Constitution, le pouvoir politique devra, s'il veut poursuivre l'intégration européenne, modifier les principes constitutionnels qui s'opposaient à cette étape supplémentaire dans le projet européen. Ceci peut-être analysé comme l'existence d'un « veto point » à ce niveau. « Veto point » permettant au Conseil constitutionnel de se placer dans le débat sur l'Europe; ce qu'il fait au travers d'une jurisprudence évolutive (d'ailleurs encouragée par le pouvoir politique) au sujet de la construction européenne et de la nature-même de celle-ci et des organes et institutions qui la composent. Ses options (stratégiques) sont aussi guidées par l'importance qu'il accorde au concept de souveraineté nationale dans ces arrêts.

Répondant à cet « euroscepticisme constitutionnel soft » du juge, la Constitution française, comme le veut la deuxième partie de notre définition, est elle aussi traversée par des indices de réticences plus ou moins profondes à l'insertion de la France dans l'ordre international et dans l'ordre européen en particulier. En effet, la prégnance de l'expression « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté » dans les arrêts sur Maastricht et Amsterdam pose la question des réserves de constitutionnalité; ce qui revient à « se demander si certains principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel étatique ne devraient pas être insusceptibles de révision constitutionnelle »¹¹⁹. Nous pensons que le principe de souveraineté nationale peut être compris comme un principe supra-constitutionnel qui rend de ce fait la Constitution plus rigide qu'elle n'y paraît et laisse donc place pour une possibilité de réticences envers l'intégration européenne (« euroscepticisme constitutionnel soft »). C'est ici toute la question de « savoir si la Constitution peut être révisée sans limite [afin d'être en concordance avec les prescrits européens] de manière à aboutir à une Constitution totalement différente de celle choisie par le peuple à l'origine »¹²⁰ qui est posée. A cet égard, nous avons démontré que tant le Conseil constitutionnel que les élites et le monde politique français ont émis de très fortes réserves à l'encontre de toute perte ou dilution de souveraineté dans le projet européen, sans toutefois remettre en cause les fondements mêmes de la construction européenne.

¹¹⁸ TOURARD H., *op. cit.*, p. 252.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 270.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 267.

Certes, dans les limites qui nous étaient imparties, nous nous sommes focalisés non pas sur l'ensemble des décisions du Conseil constitutionnel touchant à l'intégration européenne, mais uniquement sur celles concernant les traités de Maastricht et d'Amsterdam. Cela constitue sans doute une faiblesse qui pourra nous être reprochée. Malgré tout, il nous semble que ces décisions permettent néanmoins de saisir relativement bien la position du juge constitutionnel français face à l'Europe. Pour reprendre la métaphore très appropriée de Michel Miaille¹²¹, nous avons essayé, même si le thème était assez vaste, de visiter une grande partie de cette demeure, tout en ne perdant pas de vue que l'ordre de la visite nous est propre et surtout qu'à la fin nous nous serons attardés dans certaines pièces; tandis que pour d'autres, nous n'aurons fait qu'entrebâiller la porte, d'autres encore resteront closes. Il faut espérer que les portes que nous avons ouvertes étaient les bonnes, que le travail sera instructif pour le lecteur.

Néanmoins, au confluent du droit et de la science politique, notre article constitue une contribution (modeste) à l'étude de l'attitude des cours constitutionnelles face à l'intégration européenne et face à l'européanisation en cours au sein des Etats-membres. Nous y avons fait le choix d'une analyse en terme de « misfits », de « mediating factors » et de « veto points » cher à Tanja A. Börzel et Thomas Risse. L'intérêt de cet article se situe aussi, pensons nous, dans la production d'une définition de l'« euroscepticisme constitutionnel » en deux volets: « hard » et « soft »; suivant en cela la définition de Paul Taggart et Aleks Szczerbiak qui distinguent « hard » et « soft euroscepticism ».

Si le thème de l'« euroscepticisme constitutionnel » n'a pas encore fait l'objet de nombreuses recherches académiques à ce jour, nous ne pouvons qu'encourager les recherches futures dans le sens des transformations du concept de souveraineté nationale et de son corollaire la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne et de leur possible dilution dans la construction européenne.

*

Dans une société domestique et une Europe en perpétuelle métamorphose, les certitudes et les principes qu'hier encore régissaient la pensée et les modes d'actions des différents auteurs ont fait place à de l'incertitude et à la recherche de nouveaux principes directeurs. Le paradigme de la pyramide chère à Hans Kelsen semble devoir être définitivement abandonné, reste à savoir si un nouveau paradigme, celui du réseau s'y substitue.

¹²¹ MIAILLE, M., *Une introduction critique au droit*, Paris, François Maspero, 1976, pp. 12-13.